

债的保全与我国合同法的完善

□ 陈 兵 聂卫东

【内容提要】债权人代位权和撤销权是具有保全功能的两种专属于债权人的权利。本文简要阐述了民法理论中的债的保全制度,并评述了我国现行法律及“合同法”中债的保全制度。

【关键词】债的保全 合同法 完善

一、债的保全概述

债的关系成立后,债务人的财产成为债权的一般担保,即成为“责任财产”。责任财产的增损,对债权能否实现关系甚大。债权人为确保债权的实现,有两种制度可以运用:一是在债的关系成立时,由当事人设定某种担保,即人的担保或物的担保;二是在债务人不履行债务时,债权人可诉请法院强制执行或责令债务人赔偿损失。然而,这两种制度都有缺陷:设定担保,需履行特殊手续,有时还取决于第三人的意思;由法院判决强制执行或损害赔偿,程序复杂严格,且只能针对债务人的现有财产,而对债务人应增加且能增加却未增加的财产或不当减少的财产就无能为力。为了保护一般债权人的利益,法律在上述两种债权保障方式外,设立债权的保全制度,即债权人代位权和撤销权。前者指债权人以自己的名义行使债务人权利的权利;后者指债权人对于债务人所为的诈害债权的行为,得请求法院予以撤销的权利。

债权保全制度起源于罗马法。罗马法上有撤销之诉,又称废罢诉权,即“债权人维护本人的合法权益得请求法院撤销债务人处分财产的行为。”^①该制度对后世影响很大,很多国家建立了这一制度。广义的债权人撤销权在立法上分为两部分,一部分是破产法上的债权人撤销权制度,一部分是破产法外的债权人撤销权制度。本文所指的撤销权是破产法外的撤销权。债权人代位权首创于法国民法典,以后,意大利民法典、日本民法等大陆法系立法例相继仿效。其中,《法国民法典》同时设置了代位权和撤销权,西班牙、意大利、日本及我国台湾民法从之。而德国、瑞士从罗马法,仅设债权人撤销权。

二、债权人代位权

债务人享有对第三人的权利而又怠于行使,致使其财产应增加而不能增加,危害债权实现时,债权人为了保全债权可以用自己的名义代位行使债务人的权利。例如,甲欠乙10万元,乙欠丙5万元,乙无力清偿对丙的债务而又不对甲行使债权,在这种情况下,丙可代位行使乙的权利,催促甲履行其对乙的债务。

(一)债权人代位权的性质

债权人代位权是法律赋予债权人的权利,债权人可以诉讼方式行使,也可以非诉讼方式行使,所以是实体法上而非程序法上的权利。此外,有学者认为代位权是以行使他人权利为内容的管理权,但理论上一般认为代位权是一种形成权。^②台湾有学者认为是“广义形成权”。^③笔者认为代位权是形成权,因为债权人代位是仅依债权人一方的意思表示就可以以自己的名义代债务人行使权利的权利,而不必依债务人的意思表示。

(二)债权人代位权的构成要件

1. 债务人享有对第三人的权利。这是债权人代位权的标的。债权人可代位行使债务人的权利,根据性质,包括以下几种:①纯粹的财产权利。如合同上的债权,基于无因管理或不当得利而产生的偿还或返还请求权;物权及物上请求权;关于财产的保存行为,如中断时效,各种登记请求权;以财产利益为目的的形成权,如合同解除权,等等。②主要为财产上所有的权利,如因重大误解、显失公平的民事行为所产生的撤销权与变更权。③诉讼上的权利。如代位提起诉讼、申请强制执行等,但在诉讼中不得处分债务人的权利。此外,王泽鉴先生认为债务人的代位权,撤销权等也可成为代位权的标的。^④

但债权人代位行使的权利,以债务人现有的权利为限,非现实的权利,如对于要约的承诺,债权人不得代位行使。此外,专属于债权人的权利、不得让与的权利、不得扣押的财产权利及非财产性的权利,不得代位行使。

2. 债务人怠于行使权利。指债务人应行使并能行使而不行使权利。怠于行使是客观上不行使,其原因及主观状态,有所不同。债务人如果已经行使权利,则即使其行使方法不当或结果不利,债权人也不得代位行使。

3. 债务人迟延履行。迟延履行有两种情况,一是履行给付有固定期限,这种迟延应待期限届满后,债权人方可行使代位权;另一种是无确定期限,经债权人催告后,方可行使代位权。但也有例外,如债权人专为保存债务人权利的行为,例如中断时效、申请登记、申报破产债权等。其目的在于防止债务人权利的变更或消灭。如日本民法423条,台湾民法243条就有类

似规定。^⑤

4. 债权人保全债权之必要。这是债权人代位权构成的关键性要件,也是理论上争议的焦点所在。有观点认为应以债务人的财产是否不能或不足以清偿为标准;有认为应以债务人是否陷入无资力为标准;有认为只要债权人认为债权有得不到保障的危险即可行使。^⑥笔者认为,为切实保障债权人的利益,应取最后一种观点,即只要债权人认为债权有不能实现之虞,就可行使代位权,且这对债务人并无害处。

(三) 债权人代位权的行使及效力

债权人应以自己的名义行使代位权。代位权行使的范围以保全债权人的债权为限度。债权人行使代位权,原则上不得处分债务人的权利。因代位行使而使债务人增加的财产,为全体债权人的共同担保,行使代位权的债权人不得优先受偿。如果债务人怠于受领,债权人可代位受领,但债务人有权请求返还。

值得讨论的问题是,债务人的权利经债权人代位行使后,其对权利的处分权是否受限制?有肯定说与否定说两种观点。笔者认为应持肯定观点。因为债权人代位权制度的目的在于保障债权的实现,若允许债务人再任意行使处分权势必再次造成债权得不到保障的局面,徒增成本,对债权人、债务人都不利。

在债权人行使代位权的方式上,债权人可以直接以自己的名义代债务人行使其权利,也可以裁判方式为之。

债权人代位权的效力包括以下几个方面:①对债务人的效力。债权人行使代位权的效果直接归属于债务人。②对债权人的效力。债权人行使代位权不得超过债务人的权利的范围。在债务人怠于受领时得代位受领,但受领的财产利益不得专供清偿自己的债权,也不得自行抵销自己与债务人的债务。对于行使代位权所支出的费用,可以向债务人请求返还,并优先受偿。③对第三人的效力。凡第三人得对抗债务人的一切抗辩,均得以对抗债权人,但第三人对于债权人的抗辩,不能于债权人行使代位权时对抗债权人。

(四) 债权人代位权与保险代位求偿权的区别

保险代位求偿权,是指在财产保险合同中,保险人赔偿被保险人的损失后,所取得的被保险人享有的依法向负有民事赔偿责任的第三者请求赔偿的权利。^⑦保险代位求偿权实质上是一种债权转移,它的取得须以保险人履行赔偿义务为前提。这两点特征和债权人代位权的区别是显而易见的,债权人代位权的行使后果归属于债务人,且只要债务人怠于行使权利危及债权,债权人就可行使代位权,不须向债务人履行任何义务,也无须征得债务人的同意。

三、债权人撤销权

债权人撤销权设立的目的在于当债务人与第三人实施法律行为,使其作为债权担保的责任财产不当减少,害及债权人利益时,债权人可申请法院撤销债务人与第三人的法律行为,恢复债务人的财产,从而使债权得以实现。例如,甲欠乙 10 万元,甲却将自己的财产全部低价卖给丙,获价款 5 万元,丙也知

道甲欠乙钱未还。此时,乙可请求法院撤销甲丙间的买卖行为,使之自始无效。

(一) 债权人撤销权的性质

对于撤销权的性质,通说认为是实体上的权利而非诉讼上的权利。^⑧但撤销权在实体上属何种权利,学说上颇多争论,主要有以下几种观点:①请求权说(债权说);②形成权说(物权说);③折衷说,认为撤销权兼具请求权与形成权两种性质。三种学说中,应以折衷说为妥。^⑨

(二) 债权人撤销权的构成要件

1. 须是债务人所为的行为。债务人的行为可以是单独行为,如捐款、赠送,也可以是合同行为;也可以是混合行为,如半卖半送。诉讼上的行为如兼有私法上行为性质者,如和解、抵销等,也可撤销。以上行为中,不管是有偿行为还是无偿行为,都可撤销。其中,无偿行为不问善意或恶意,都可撤销;而有偿行为中,债务人的恶意为撤销权的成立要件,受益人的恶意是撤销权的行使要件。如果只有债务人的恶意而受益人为善意时,不得撤销其二者间的关系。^⑩

2. 债务人的行为以财产为标的。非以财产为标的的行为,因与责任财产无关,不得撤销。此外,撤销权行使目的在于恢复而非增加债务人的责任财产,所以债务人拒绝受领利益或拒绝对其有利的承诺,不得撤销。

3. 债务人的行为害及债权。债务人所为有害行为指债务人积极减少财产,如转移所有权、让与债权、免除债务等;或消极地增加债务,如承担债务、保证他人债务等,以致一般债权不能清偿或发生清偿困难。如果债务人有清偿能力,则债权人不得行使撤销权。

(三) 债权人撤销权力的行使及效力

撤销权应由债权人以自己的名义、以诉讼的方式行使,因为撤销权的行使对第三人利害关系重大,应由法院审查决定。撤销权行使的范围应以保全全体一般债权人的全部债权为限。

撤销之诉的被告为何人,因对撤销权性质的不同认识而有不同的主张。一般认为,债务人的行为是单独行为时,以债务人为被告;双方行为,以债务人及相对人为被告,兼有利益返还请求的,应以债务人,相对人及受益人为被告。^⑪

撤销权行使的效力包括以下几个方面:①对债务人的效力。被撤销的债务人的行为自始无效。②对受益人的效力。已受领债务人财产者,应负返还不当得利的义务,原物不能返还者,应折价赔偿。已经向债务人支付代价者,可向债务人主张不当得利返还。③对行使撤销权人的效力。撤销权人有权请求受益人向自己返还所得利益,并有义务将之归入债务人的财产,作为全体债权人的共同担保,而无优先受偿权。行使撤销权的一切费用,可请求债务人或其他债权人返还。④对其他债权人的效力。行使撤销权所得利益为全体一般债权人的共同担保,得按债权数额比例清偿。此外,撤销之诉在胜诉时可约束其他债权人,而在败诉时,其他债权人不受其约束,并可就同一有害行为再行起诉。^⑫

(四) 债权人撤销权与破产法中的“撤销权”的比较

前已述及,广义的债权人撤销权分为破产上的撤销权和破

产外的撤销权,两者的立法目的和性质是一致的。但破产法上的撤销权以破产开始为要件,规定于破产法中,适用范围也较宽。^⑨

我国《企业破产法〈试行〉》第35条2款规定,破产企业对隐匿、私分或无偿转让财产、非正常压价出售财产,为原无财产担保的债务提供担保,清偿未到期债务并放弃债权的,清算组有权向法院申请追回财产。但该条件并非撤销权的规定,因该条第1款已明确规定,破产企业的下列行为无效。故不属于撤销权的规定。因为撤销权的标的是债务人与第三人间的有效法律行为,虽经撤销后自始无效,但撤销前仍属有效。而《企业破产法〈试行〉》的上述规定,只不过是无效行为的处理。无效行为一般不发生撤销的问题。^⑩

四、我国现行法中的相关规定及“合同法”对债的保全的完善与不足

(一)我国现行法中的相关规定

我国现行法律中没有债法意义上的代位权制度。关于债权人的撤销权,我国大陆民事实体法上未见规定,《民事诉讼法》中也无相关程序规定。《民法通则》第59条规定的行为人对重大误解和显失公平的行为得请求法院撤销,并非债权人对债务人与第三人的法律行为的撤销规定。《关于贯彻执行〈民法通则〉的意见〈试行〉》第130条规定:“赠与人为了逃避应有履行的法定义务,将自己的财产赠与他人,如果利害关系人主张权利的,应当认定赠与无效。”该解释应用了债法理论中的债权人撤销权的原理。^⑪但该解释适用范围过窄,因此还不是一般意义上的债权人撤销权。此外,如前所述,我国《企业破产法〈试行〉》中有关“撤销权”的规定也不属于撤销权的规定,因此,我国现行法中只有零星的债权人撤销权的规定,而无完整的债的保全制度。

(二)“合同法”对债的保全制度的完善及不足

《中华人民共和国合同法》第73条:因债务人怠于行使其债权,对债权人造成损害的,债权人可以请求人民法院以自己的名义代位行使债务人的债权,但该债权专属于债务人自身的除外。第74条:因债务人放弃债权或无偿转让财产,对债权人造成损害的,债权人可以请求人民法院撤销债务人的行为。债务人以明显不合理的低价转让财产,对债权人造成损害,并且受让人知道该情形的,债权人可以请求人民法院撤销债务人的行为。这两条规定确立了我国合同法中债的保全制度。对此,使得讨论的问题有以下几个:

1. 第73条中值得探讨的有:①代位权行使的条件。“债务人怠于行使其债权,对债权人造成损害的”,债权人可行使代位权。显然对债权人代位权的行使规定过严。“造成损害”才可行使,似是亡羊补牢,对保护债权人是不利的。而在“合同法”中规定,“清偿期限届满时,债务人怠于行使其对第三人到期债权的”,债权人即可代位行使。又如我国台湾民法第242条规定:“债务人怠于行使其权利时,债权人因保全债权”,即可行使。比较而言,“合同法”对债权人代位权的标的规定过窄,行使条件规定过严,不利于保护债权人的利益。②代位权的行使方

式。“合同法”将诉讼方式规定为唯一的途径,而学者通说及立法例都认为不以诉讼为唯一的方式。^⑫“合同法”的规定无疑使代位权行使的程序更复杂,增加了行使的难度。

2. 第74条值得探讨的有:对债权人行使撤销权的标的规定过窄。74条中将债务人的无偿行为限定为“放弃债权或无偿转让财产”,将债务人有偿行为限定为“以明显不合理的低价转让财产”,除此之外,对其它的有偿行为和无偿行为不得行使撤销权,较之各国立法例,“合同法”对债权人行使撤销权的范围规定过严,对维护债权人的利益是不利的。

【注释】

①江平、米健:《罗马法基础》,中国政法大学出版社1991年版,第218页。

②刘心稳主编:《中国民法学研究述评》,中国政法大学出版社1996年版,第491页。

③郑玉波主编:《民法债编论文选辑》(中),1984年初版,第786页。

④参见王泽鉴:《民法学说与判例研究》(五),1990年版,第289页。

⑤台湾民法第243条规定:“前条债权人权利,非于债务人负迟延履行时,不得行使,但专为保存债务人权利之行为,不在此限。”日本民法第423条第2款:“债权人于其债权期限未届至间,除非依裁判上的代位,不得行使前款权利。但保存行为,不在此限。”

⑥刘心稳主编:《中国民法学研究述评》,中国政法大学出版社1996年版,第492页。

⑦李玉泉:《保险法》,法律出版社1997年版,第183页。

⑧王家福主编:《中国民法学·民法债权》,法律出版社1991年版,第182页。

⑨郑玉波主编:《民法债编论文选辑》(中),1984年初版,第815页。

⑩参见史尚宽:《债法总论》,第473页。

⑪参见王家福主编:《中国民法学·民法债权》,法律出版社1991年版,第186页;郑玉波主编:《民法债编论文选辑》(中),1984年初版,第827页。

⑫徐开墅、张国炎:《论债权的保全制度》,载《中国法学》1991年第4期,第78页。

⑬徐开墅、张国炎:《论债权的保全制度》,载《中国法学》1991年第4期,第73页。

⑭王家福主编:《中国民法学·民法债权》,法律出版社1991年版,第188页。

⑮杨立新:《论债权人撤销权及其适用》,载《法学研究》1992年第3期。

⑯参见刘心稳主编:《中国民法学研究述评》,中国政法大学出版社1996年版,第494页。

(作者单位:厦门大学)

(责任编辑:李江涛)